

**LA CONSTANTE E INTERMINABLE REFORMA  
DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA**

**D. Juan Alfonso Santamaría Pastor**

Catedrático de Derecho Administrativo

Letrado de las Cortes Generales

Imagino que el simple título de la conferencia que se me ha pedido amablemente debe producirles un cierto hastío. Su rótulo alude implícitamente a una sensación de malestar ampliamente compartida entre los juristas de Derecho público y, por tanto, hace presagiar que mi intervención se limite a una larga retahíla de lamentaciones acerca de las dificultades que nos produce a los juristas el ritmo acelerado de cambio que ha tenido la legislación de contratos. Algo de eso habrá en esta conferencia; pero no sólo de eso. Al hilo del tema que se me ha propuesto, voy a tratar de examinar el fundamento de este malestar: si se encuentra justificado, o no. Y, al mismo tiempo, intentaré formular una reflexión global sobre la evolución y estado actual de la normativa de contratación pública. Creo que no es suficiente, además de ser inútil, exponer nuestras quejas a un legislador que se ha mostrado absolutamente sordo; es necesario ir más allá y saber dónde nos encontramos, por qué nos encontramos así, qué dificultades y disfunciones genera esta situación y qué podemos hacer para remediarla.

## I

Para ello es imprescindible, como primer paso, volver la vista atrás y tomar conciencia cabal del camino que nuestra legislación ha recorrido. Me limitaré, para ello, al último medio siglo, que es —con permiso de la legislación local— cuando aparece esta normación.

El ordenamiento de contratos, tal como hoy lo conocemos, es un fenómeno histórico muy reciente, de cuya génesis podemos dar cuenta algunos de los que aún vivimos. Cuando quien les habla estudió la carrera de Derecho, los programas de Derecho Administrativo no contenían apenas referencias a los contratos de las Administraciones; y lo mismo sucedía con los primeros temarios de oposición a los que hube de enfrentarme, para cuya preparación habíamos de echar mano, como únicos materiales normativos, del Pliego de Condiciones Generales para los

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

contratos de obras públicas de 1903, de un artículo aislado de la Ley de Administración y Contabilidad del Ministro Don Tirso Rodríguez, de 1911 y, por supuesto, y con las debidas reservas, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1952.

La primera regulación general de contratos públicos apareció el año 1963, con la aprobación de la Ley de Bases de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue publicado dieciséis meses después. Hasta entonces, la “materia de contratos” no existía, sencillamente, porque no había regulación que la soportase.

Con estas dos disposiciones se inicia la evolución de este sector del ordenamiento jurídico-público, que ha tenido cuatro hitos:

- el bloque normativo que llamaré de los años sesenta, constituido por el antes citado texto articulado de 8 de abril de 1965 y sus dos sucesivos Reglamentos, de 1967 (Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre) y de 1975 (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre);
- el bloque de los años noventa, motivado por la imperativa incorporación de la normativa comunitaria, e integrado por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento parcial, aprobado por Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo;
- el bloque de comienzo del milenio, constituido por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y su Reglamento (esta vez general) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; uno y otro texto, impulsados por la profunda reforma que la Ley de 1995 sufrió en 1999, entre otras modificaciones;
- y, finalmente, el bloque hoy vigente, iniciado con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y culminado con la

refundición hecha por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

## II

Para valorar esta evolución desde la perspectiva que me interesa acudiré a tres instrumentos puramente cuantitativos: el ritmo de cambio, el número de modificaciones y las dimensiones físicas del contenido normativo.

a) En cuanto al primero, es obvio que el cambio normativo ha experimentado un ritmo crecientemente acelerado, acortándose cada vez más las distancias temporales entre cada uno de los bloques: entre el bloque de los sesenta y de los noventa transcurrieron treinta años, que se redujeron a sólo seis entre el bloque de los noventa y el del milenio; el mismo número de años que separan el Reglamento de 2001 y la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. Y entre el cuarto y último bloque y el que se avecina, con las nuevas Directivas comunitarias en curso de aprobación, transcurrirán sólo, posiblemente, tres años.

b) Tanto o más significativo que el anterior factor es el relativo al número de modificaciones que experimentaron los textos legales básicos de cada uno de estos bloques durante el tiempo en que estuvieron en vigor; esto es, en los intervalos. Y así, tenemos que

- la Ley de Contratos de 1965 sufrió, hasta su sustitución por la de 1995, modificaciones en 28 de sus 125 artículos, introducidas por un total de diez leyes diversas;
- la Ley de 1995 fue modificada, hasta el año 2000, en 121 de sus 219 artículos;
- el texto refundido del año 2000, en los siete años que estuvo en vigor, vio modificados 48 de sus 266 artículos; y

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

- la Ley 30/2007 hubo de ser objeto de la refundición hecha en 2011 al haber sido modificados 77 de sus 320 artículos.

Ante este panorama, es justo resaltar que el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, que ya ha cumplido diecisiete meses de vigencia, no ha sido aún objeto de modificación alguna; salvo la que se avecina. Y pienso que debemos felicitarnos por ello.

c) La tercera forma de valorar objetivamente esta evolución consiste en la medición de las dimensiones físicas de cada uno de estos bloques, cuyos resultados son, también, muy llamativos. Tomo a este efecto como unidades lo que las editoriales llaman matrices de un libro: esto es, la suma de los caracteres y de los espacios en blanco entre cada palabra. Y los resultados son los siguientes:

- el primer bloque (Ley de 1965 y su Reglamento de 1975) constaba de 424.000 matrices;
- el segundo (Ley de 1995 y su Reglamento de 1996), de 356.000;
- el tercero (texto refundido de 2000 y Reglamento del año siguiente), 647.000;
- y el último (cuento sólo el texto refundido de 2011), 542.000 matrices.

Como puede apreciarse, las dimensiones de estos cuerpos normativos siguen una línea ascendente, pero ondulante, con dos valles no muy pronunciados en el segundo y cuarto bloques. Pero, para tomar conciencia de lo que suponen estas dimensiones, quizá convenga recordar que, en su versión vigente, el Código Civil consta de 611.000 matrices; un 5% menos, en números redondos, del tamaño del tercero de los bloques a que vengo aludiendo (el de 2000-2001).

### III

Estos factores, puramente objetivos, son el punto de partida obligado para cualquier análisis del fenómeno que nos ocupa. ¿Está justificado el disgusto que acarrearán estas continuas reformas? ¿Y a qué se debe que las consideremos una anomalía escasamente deseable?

a) La explicación a que apuntan los teóricos de la legislación suele aludir a una ruptura de paradigmas. La cultura jurídica de los países occidentales (de todos: incluyo aquí a los regímenes de *common law*) se basa en un modelo implícito que asigna a la ley, *lato sensu*, una naturaleza y un contenido muy definidos en el sistema político: en un paradigma de la legislación, en una palabra. Este paradigma fue lentamente construido por el pensamiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII; hizo eclosión en las dos grandes revoluciones atlánticas de Francia y los Estados Unidos y aún pervive en los estratos profundos de nuestra forma actual de ver las cosas.

Según dicho paradigma, la ley sería un instrumento de ordenación social cuyos caracteres principales pueden reducirse a cuatro:

- primero, su concepción como *un acto de voluntad del poder político*, no en un reflejo de la realidad social dada; concepción que se remonta a la revolución gregoriana que la Iglesia de Roma realizó a fines del siglo XI, y que tuvo como principales teorizadores, muchos siglos después, a Thomas Hobbes y, por supuesto, a Jean-Jacques Rousseau;

- segundo, su dimensión de *obligada racionalidad*; como decía mi maestro, el profesor García de Enterría, el concepto de ley que acuña el ideario protoliberal “no es más que una transposición a la teoría social del principio de legalidad del universo en que trabajaba el pensamiento de Occidente desde el renacimiento y que alcanza en la física de Newton y en la Ilustración su expresión definitiva”; las leyes “jurídicas” han de ser tan racionales (y, por tanto, de contenido indiscutible, por evidente) como las leyes formuladas por las ciencias físico-naturales;

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

- tercero, su *necesaria generalidad*, lo que supone tanto la proscripción de todo tipo de privilegio jurídico y de leyes singulares cuanto la reducción al mínimo de los regímenes especiales y diversificados; la ley, decía también Rousseau, “considera a los súbditos en conjunto, jamás a un hombre en cuanto individuo”;

- y cuarto y último, un rasgo que nos interesa especialmente hoy, el de la *deseable durabilidad de la ley*; fue John Locke quien enunció con claridad este imperativo en el segundo de sus tratados sobre el gobierno civil, al decir que “cualquiera que tenga el poder legislativo o supremo de una comunidad política ha de gobernar mediante el establecimiento de leyes duraderas (*standing Laws*), promulgadas y conocidas por el pueblo, y no mediante decretos extemporáneos”.

b) Me parece innecesario recordar con detalle el completo deterioro que este paradigma ha sufrido a lo largo de los dos siglos y pico de existencia del régimen constitucional, que ha afectado a todos sus caracteres: la concepción de la ley como un acto de voluntad del poder político soberano, por la aparición no sólo de diversas modalidades de legislación pactada o negociada, sino por el surgimiento de cuerpos normativos generados al margen de toda instancia política formal y de obligatoriedad puramente fáctica, como es el *soft law* creado por organizaciones privadas de extensión internacional; la racionalidad intrínseca de la ley ha sido sustituida por una racionalidad puramente instrumental; la generalidad de la norma ha experimentado el impacto de una multiplicidad de leyes referidas a categorías concretas de ciudadanos, cuando no de leyes de caso único; y de la durabilidad tendencial de la ley más vale no hablar, en un mundo de cambio normativo incesante en el que los poderes públicos sustituyen unas leyes por otras casi con la misma celeridad y habitualidad con la que los jóvenes cambian sus teléfonos móviles.

Pese a este ostensible deterioro, es un hecho que el paradigma clásico de la ley continúa vivo en nuestras mentes: lo aprendimos de nuestros maestros en la Facultad de Derecho y seguimos inculcándolo a nuestros alumnos. ¿Es esto normal, o es un defecto que acredita que la doctrina académica está obsoleta y anclada en un pretérito ya periclitado? ¿No sería más fácil, me pregunto, romper el equívoco y constatar que, como el paradigma se ha erosionado por todas partes, debemos cambiarlo por otro, como decía Thomas Kuhn al tratar de la estructura de las revoluciones científicas?

Responder afirmativamente a estas cuestiones tendría, desde luego, la ventaja de la comodidad y prestigio que acompaña a toda propuesta de cambio. Pero, aun a riesgo de parecer demasiado conservador, no me siento intelectualmente autorizado para asumir esta propuesta: creo, en efecto, que la sustitución del paradigma clásico de la ley no es posible, sencillamente porque los fenómenos que lo han lesionado no constituyen un paradigma alternativo. En los años veinte del pasado siglo se produjo el reemplazo del paradigma de la física newtoniana por el de las teorías de la relatividad y de la mecánica cuántica; pero todos los hechos que han producido el deterioro del paradigma ilustrado de la ley no integran un modelo coherente: se trata, simplemente, de disfunciones, de manifestaciones inconexas de desorden o, si lo prefieren en términos científicos, de expresiones del principio de entropía que afecta a todos los sistemas.

En efecto: un esquema implícito de normación en el que las normas pueden provenir de cualquier fuente, y no sólo del poder político legitimado por las urnas; en el que el contenido de la ley no precisa ser racional, pudiendo dar cabida a cualquier ocurrencia arbitraria de un político o un grupo; en el que pueden dictarse normas *ad hoc*, dirigidas a personas singulares, que fragmentan el tratamiento dado a colectivos distintos y que crean regímenes específicos de privilegio (positivo o negativo); y en el que las normas pueden cambiar de un día para otro, de



Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

manera compulsiva e inmotivada, no creo que merezca el nombre de paradigma. Es, sencillamente, un caos indeseable que ya nos es conocido, porque es justamente el que dominó en Europa desde la caída del Imperio romano de Occidente; darle *status* de paradigma supondría, dicho lisa y llanamente, retroceder mil años en nuestra historia, algo que a mi, personalmente, no me resulta nada apetecible.

#### IV

Voy a referirme ahora sólo al concreto elemento del paradigma clásico que propugna la durabilidad de la ley. A él se opone, de entrada, algún tópico al que debo hacer alusión, pero que es contrarrestado por razones más profundas.

a) La fugacidad de la vigencia de las normas, y su rápida modificación o sustitución, suele justificarse apelando a la aceleración del ritmo histórico que afecta a nuestras sociedades. La sociedad, se dice, está cambiando a velocidades crecientes como consecuencia del progreso tecnológico y de la globalización de la economía: hasta mediados del siglo XX, cada país podía mantener una legislación estable, porque cada uno de ellos vivía volcado hacia el interior de sus fronteras, y era sólo afectado esporádicamente por los acontecimientos exteriores, en los casos de conflictos bélicos o de crisis económicas generales. Pero el desarrollo de las comunicaciones y la apertura de todas las economías generan *inputs* continuos e imperativos, que obligan a cada Estado a reconsiderar permanentemente las regulaciones que tiene establecidas. La movilidad de los ordenamientos no es, se dice, una consecuencia de la inestabilidad de carácter de los gobiernos, sino una imposición de la nueva realidad mundial.

Esta argumentación es absolutamente falaz. Es cierto que el mundo está cambiando de modo frenético: pero, de una parte, la globalización (de la economía y de las comunicaciones) impone modificaciones normativas sólo en sectores muy localizados del ordenamiento (p. ej., en el financiero y

quizá en el laboral), no en el resto; y, de otra, el desaforado ritmo de cambio es muy anterior en el tiempo al fenómeno de la globalización, por lo que malamente puede atribuirse exclusivamente a éste. Los cambios normativos tienen su origen, mayoritariamente, en consideraciones de política interna: en motivaciones ideológicas y en estrategias electorales de los partidos que sucesivamente ocupan el poder, persiguiendo con ellas la captación de nichos concretos de votantes.

b) Pero el establecimiento de un régimen de cambio normativo acelerado no sólo no se sustenta en razones legítimas. En mi opinión, afirmar que dicha aceleración viene impuesta por la realidad de las cosas es una distorsión de la verdad, porque lo cierto es que dicha realidad exige precisamente lo contrario, la estabilidad de la vigencia de las normas: su opuesto, la inestabilidad rampante, tiene consecuencias perversas que es necesario recordar.

(i) Dicha realidad está constituida, primeramente, por las exigencias de la vida económica. Es verdad que la economía se ha globalizado; pero lo es más que se ha hecho infinitamente más compleja, y que la toma de decisiones se ha hecho mucho más difícil, porque el conjunto de factores que un operador ha de tener en cuenta para ello es mucho más numeroso que antaño. Los condicionantes de la actividad empresarial (los costes, los tipos de interés, la aparición de nuevos competidores, la innovación técnica, entre otros) son, en su mayoría, incontrolables y no dependientes de la voluntad humana. Pero hay otros que sí lo son, como sucede con el marco normativo en que cada actividad debe desarrollarse, el cual depende exclusivamente de decisiones de los poderes públicos; y este marco ha adquirido, día a día, una relevancia mayor, y aun dominante, en la planificación de la actividad empresarial y en los procesos de toma de decisiones. Dicho coloquialmente: en las economías que tienen regulado un sector importante de actividades productivas, los empresarios y los sujetos

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

privados han de tomar sus decisiones mirando con cuidado tanto sus estados contables como los boletines oficiales.

Lo que quiero decir, en suma, es que la creciente complejidad de las economías exige, impone, en contra de lo que sucede, una seria estabilidad de las normas públicas que las condicionan. La planificación de los procesos productivos requiere, en ocasiones, años de análisis y de preparación; y dicha planificación es imposible si se corre el riesgo de que los requisitos que puede imponer el poder público a dichas producciones son susceptibles de modificarse de manera inopinada y sucesiva, haciendo inútil el trabajo realizado hasta entonces.

Y esto no es nada nuevo: la directriz de estabilidad de las normas surge en la Inglaterra del siglo XVII justamente como consecuencia y como imposición del desarrollo de la economía burguesa; de la misma manera que el principio de legalidad, de la exigencia de generalidad, racionalidad y permanencia de las normas, fue el efecto directo de la revolución industrial, que no hubiera podido tener lugar de otro modo; como sucedió precisamente en la China imperial del siglo XVI, cuyos estamentos gobernantes ahogaron con regulaciones absurdas el desarrollo de la economía que entonces era la más poderosa y avanzada tecnológicamente del planeta.

(ii) Hay más razones que imponen, más que aconsejan, la estabilidad normativa. Primera, la propia realidad y credibilidad del ordenamiento, porque el cambio normativo acelerado genera niveles crecientes de incumplimiento en los destinatarios de las leyes. Los políticos tienden a suponer que las normas que trabajosamente hacen llegar a su respectivo Boletín Oficial son automática e íntegramente conocidas y asumidas por todos sus destinatarios: lo que es, obviamente, una creencia absurda. Si los juristas tenemos dificultades en seguir los cambios normativos, los ciudadanos, sencillamente, los desconocen en su inmensa mayoría,

incurriendo en incumplimientos constantes y generalizados de las disposiciones reformadas.

Y eso no ocurre sólo con la disposición adicional de un decreto cualquiera. A fines de los años noventa, un juez de instrucción de Madrid me comentaba, pesaroso, que múltiples personas que comparecían ante él, en condición de imputados por alguno de los numerosísimos nuevos delitos que acuñó el Código Penal de 1995, declaraban desconocer palmariamente que las conductas en que habían incurrido habían sido penalizadas; y añadía que estaba seguro de que dichos imputados eran absolutamente sinceros, en una alta proporción de casos. El principio sagrado que proscribe la ignorancia de las leyes es sostenible sólo en ordenamientos simples y estables, no en los caracterizados por la complejidad y variabilidad de los que padecemos. Y un factor que genera lo que los sociólogos llaman comportamientos desviados, como ocurre con la inestabilidad de las normas, debe ser contemplado, cuando menos, con preocupación.

(iii) Este problema de ignorancia se da también, aunque con caracteres diferentes, en el colectivo de los juristas. Los legisladores (todos) desconocen una realidad elemental: que una norma, para ser puesta en práctica efectivamente y de modo general, exige un largo período de asimilación por parte de sus aplicadores, los juristas. La inercia intelectual que caracteriza a todo ser vivo hace que las normas sólo comiencen a ser aplicadas cuando la mayoría de sus operadores han incorporado los contenidos de aquéllas a sus estructuras mentales profundas; y que todo cambio en las normas suscita una reacción inicial de rechazo; no un rechazo valorativo, sino puramente operacional, porque todos tendemos a aplicar, inconscientemente, aquello que “nos sabemos”, y a dejar a un lado aquello que es nuevo, porque nos exige un esfuerzo adicional. El principio de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, que estableció en 1954 la incombustible Ley de Expropiación Forzosa, no comenzó a ser aplicado por los tribunales contenciosos mediados de los años setenta; y les

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

aseguro que en ello no tuvo nada que ver la naturaleza autoritaria del régimen político.

Pero no se trata sólo de un rechazo promovido por la incomodidad, sino de la mera dificultad biológica de asunción de los cambios. Tomemos el ejemplo de la normativa sobre la que versa esta conferencia: en mis mejores años de juventud me estudié muy seriamente la Ley de Contratos de 1965, que creo llegué a saberme bastante a fondo. En 1995 acepté deportivamente la promulgación de una nueva ley que cambiaba por completo el contenido de la primera, y dediqué varios fines de semana a leerla, subrayarla y hacer esquemas de su articulado, con un grado de entusiasmo que me sorprendió a mi mismo. Cuando tuve que aplicarla, al confeccionar escritos procesales y dictámenes, comprobé con alarma que los contenidos que me venían espontáneamente a la cabeza eran los de la Ley anterior, y que la adopción de los nuevos principios me exigía una tarea penosa de rectificación y reacomodación mental. Cuatro años después advino el terremoto de la Ley de reforma de 1999, y un año después, la necesidad de volver a estudiar minuciosamente el texto articulado del año 2000 y de su reglamento del año siguiente; lo cual me requirió un notable esfuerzo adicional, y me supuso un susto comprobar que instintivamente me venían a la mente los preceptos de las leyes de 1965 y de 1995. Y siete años más tarde, cuando el texto refundido del 2000 comenzaba a asentarme pacíficamente en mi cabeza, se me vino encima la Ley 30/2007, que a las múltiples novedades de contenido material sumaba una sistemáticamente de la que lo menos ofensivo que puede decirse es que es altamente peculiar. Me costó esta vez un esfuerzo hercúleo, dentro de mis limitadas capacidades intelectuales, intentar asimilar la nueva ley, localizar topográficamente sus preceptos y simplificar los criterios para poder distinguir un ente del sector público de un poder adjudicador, y éste de una Administración pública.

Y termino este punto con una última confesión: no he sido capaz de aprenderme bien la Ley 30/2007 y su texto refundido; aunque le he dedicado un número inusual de horas de estudio, me abstengo de dar una opinión improvisada sobre los temas que se me consultan, porque no sé muy bien qué concreta ley me vendrá a la mente. Y, además, dejé de invertir horas en el aprendizaje de la Ley el día en que la Secretaria General de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa me puso al día de los trabajos de la nueva Directiva comunitaria, de la que me dijo que iba a suponer una nueva revolución en la normativa de contratos.

En resumen: podríamos aventurar el enunciado de una regla de sociología jurídica, según la cual el grado de probabilidad de aplicación efectiva de las normas está en función inversa de la inestabilidad de su contenido.

(iv) Restan dos últimos factores que imponen este principio de estabilidad. El primero de ellos hace referencia al impacto negativo que el cambio tiene en los terceros interesados en la aplicación de una ley. En la economía global en que vivimos existe, como es notorio, un elemento esencial de progreso y desarrollo: me refiero a la inversión internacional, a las empresas y los fondos que implantan en España actividades económicas, y que compran nuestros activos y, sobre todo, nuestra deuda. Todos los abogados que nos dedicamos al asesoramiento de esos inversores internacionales sabemos a la perfección que una de las principales preocupaciones de los mismos, si no la más importante, es el nivel previsible de estabilidad de las regulaciones y del comportamiento de los tribunales. La primera y casi única pregunta que hacen se refiere a estas cuestiones, a lo que genéricamente se llama seguridad jurídica; y creo que sufrimos seriamente cuando tenemos que decirles que tal seguridad no existe, o que es hartamente limitada.

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

Y no se trata sólo de la mera pérdida de oportunidades. Muchos de Uds. son conocedores, sin duda, de los efectos literalmente devastadores que han tenido sobre la imagen internacional del país algunos cambios normativos hechos contra todo pronóstico, por más que hayan sido inevitables: me refiero, claro está, a la modificación del régimen retributivo de las energías renovables, que ha sido considerado unánimemente como una auténtica estafa del Reino de España, y que nos ha hecho un daño muy superior a todos los sucesos de corrupción política. El coste de los cambios normativos es, en ocasiones, inmenso.

(v) Y cerraré este punto aludiendo a un último efecto, imprevisto y perverso, del cambio normativo acelerado, y es su impacto en el esquema constitucional de división de poderes sobre el que se asienta todo nuestro sistema político. El efecto puede parecer sorprendente, pero es absolutamente real: en un escenario de normalidad institucional, las leyes son aprobadas por los parlamentos, y su contenido comienza a hacerse realidad cuando son aplicadas durante un tiempo por los tribunales, cuyas sentencias, con mejor o peor fortuna, proporcionan los elementos interpretativos necesarios para completar y hacer inteligible su significado. El cambio normativo elimina a la segunda de estas dos piezas, al poder judicial, cuya demora en la resolución de los conflictos impide a su órgano supremo sentar doctrina sobre las disposiciones vigentes en el momento de su fallo; como escuché decir irónicamente, hace tiempo, a un magistrado del Tribunal Supremo, estoy harto de poner sentencias históricas: no por su relevancia, sino porque versan invariablemente sobre derecho ya derogado.

Todo ello supone la desaparición virtual de las dos piezas básicas de formación del Derecho: del legislador, que, dictada la ley, se desinteresa por completo de sus vicisitudes ulteriores; y de la jurisprudencia, que sólo cumple su función llamada nomofiláctica cuando ya es frecuentemente inútil. Es lamentable reconocerlo, pero ¿quiénes de nosotros acuden a los repertorios de jurisprudencia para resolver una duda interpretativa en

materia de contratos? Sólo nuestros becarios menos avisados. El papel de estos órganos constitucionales ha venido a ser desplazado, *de facto*, por la actividad de órganos internos de las Administraciones: sus Juntas Consultivas de Contratación, o los muy recientes tribunales u órganos de recursos contractuales; cada uno con sus respetables opiniones, pero que sólo sirven para el día a día, ya que sus resoluciones carecen de la fuerza de cosa juzgada.

## V

Hasta aquí, las disfunciones generadas por el cambio normativo. Pero, si el análisis pretende ser neutral, es necesario examinar sus posibles aspectos positivos; si la legislación de contratos ha cambiado tanto y tantas veces, cabe suponer que esto habrá sucedido bien por alguna necesidad o motivo imperioso que ha de aceptarse, bien porque con estas modificaciones se han perseguido, y logrado, unos objetivos o fines superiores, muy estimables. No estoy seguro de que estas necesidades y estos objetivos sean suficientes para enjugar las disfunciones que he intentado describir; pero, al menos, veamos si puede anotarse algo en el activo de este torrente legal.

a) Avanzaré, de entrada, una conclusión general negativa. No hablo por mí, de las incomodidades personales que me ha producido, como a otros muchos juristas, la continua modificación de las normas. Me limito a recoger las valoraciones que vengo escuchando periódicamente, desde los años setenta, a muchos responsables políticos que han de hacer uso de la vía contractual para desempeñar su labor, y a funcionarios técnicos encargados de la gestión de los procedimientos. Todos ellos coinciden en la lamentación de que la legislación de contratos públicos, además de prolija y de una considerable complicación, supone un obstáculo considerable para el correcto desempeño de las funciones que han de realizarse con la colaboración de contratistas privados; impone una lentitud incompatible con la rápida ejecución de las tareas administrativas, es de difícil



Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

interpretación y, sobre todo, mecaniza en exceso la selección del contratista, obligando a elegir muchas veces al que se considera menos adecuado. Y, añaden, todos estos obstáculos no se han allanado con las sucesivas reformas, sino que se han incrementado.

Ante este desolador balance es necesario preguntarse cuáles son sus causas, por qué la legislación de contratos resulta tan insatisfactoria y cuáles son las circunstancias que han impulsado su cambio.

b) Desde su primera gran reforma, en 1995, es evidente que la motivación primordial de los sucesivos cambios se ha encontrado en la necesidad de transposición de las recurrentes Directivas comunitarias, cuya progresiva ambición regulatoria ha incrementado exponencialmente la extensión y complejidad técnica de este sector de la legislación.

Y este es un punto en el que conviene ser especialmente claros y críticos: desde nuestro ingreso en la entonces CEE, los juristas españoles han mantenido una actitud de arrobo infantil ante la normativa que nos venía de Bruselas, a la que hemos valorado como la suma de todas las virtudes posibles. Y me parece que ya es hora de abandonar este papanatismo pueblerino: la normativa comunitaria, en términos generales, y especialmente la de contratos, es un desastre sin paliativos, que ha ocasionado en todos los Estados miembros dificultades sin cuento, complicando y retardando la acción pública sin apenas beneficios funcionales. Y esta es una opinión que comparte la inmensa mayoría de nuestros colegas juristas de otros Estados, aunque ellos, igual que nosotros, no se atreven a decir en público aquello de *le roi es nu*. He sido siempre un europeísta convencido, y creo que debemos obedecer lealmente las normas emanadas de las instituciones; pero prestarles nuestra adhesión intelectual, en absoluto, porque la normativa comunitaria es un constructo gigantesco que reúne todos los defectos y muy pocas de las virtudes de la propia de los Estados miembros, y que, por tanto, hemos de sufrir con resignación. Las

primeras Directivas en materia de contratos eran de alcance modesto y, con ciertas reservas, resultaban aceptables; la de marzo de 2004, mucho más ambiciosa, era ya altamente cuestionable en su complejidad sin sentido; y las que se hallan en elaboración en los días actuales producen auténticos estremecimientos.

Es fácil adivinar por qué estas Directivas son tan insatisfactorias. Ello se debe, a mi juicio, al peculiar procedimiento de su elaboración, que parte de la iniciativa de unos funcionarios comunitarios que desconocen las particularidades profundas de las Administraciones de los Estados miembros y de su respectivo mercado de compras públicas; y a dichas iniciativas se suman luego las ocurrencias de todo género que van añadiendo los representantes técnicos de cada uno de los Estados, que actúan, además, sin el filtro de racionalidad de sus respectivos responsables políticos.

b) Pero los defectos de nuestra legislación no son sólo imputables a Bruselas. Los poderes normativos españoles habían hecho ya importantes alardes de complicación al aprobar los tremendos Reglamentos de la primera Ley de Contratos en 1967 y 1975, que la regulación ulterior ha ido incorporando. Aquellos Reglamentos que hemos heredado se redactaron bajo una óptica de preocupación principalmente hacendística: me refiero al afán de control que siempre ha caracterizado a ese Ministerio respecto de los Departamentos inversores (a los que siempre ha considerado como unos derrochadores impenitentes y tendencialmente corruptos) y a la desconfianza visceral que refleja respecto del contratista tipo, en el que se ve siempre a un pirata despachado, sólo atento a captar fondos públicos para su negocio. Dicho afán ha dado lugar a la acuñación de unos procedimientos de extraordinaria complejidad que, sencillamente, no sirven para el objetivo principal que parece debe perseguir cualquier normativa de contratos: elegir al mejor contratista ejecutor al precio más razonable que quepa.

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

Hay, pues, muchos procedimientos comunitarios que mejorar y muchos prejuicios sin fundamento de que prescindir si queremos realmente mejorar esta legislación, que es cada día más inmanejable.

## VI

Y, tras las causas, los objetivos. ¿A qué elevados fines ha servido este incesante cambio de regulaciones y esta progresiva complicación? Tales fines han existido, desde luego; pero, en mi opinión, no se han conseguido en absoluto o, en el mejor de los casos, sólo en una mínima parte.

a) El primero y más importante de ellos, y en lo que afecta a la normativa comunitaria, consistió en **la creación de un mercado único, europeo, de compras públicas**. Y es ya hora de reconocer que este objetivo se ha saldado con un rotundo fracaso.

Era de una ingenuidad enternecedora pensar que bastaba con la publicación de los anuncios en el Diario oficial de la Comunidades y la equiparación jurídica entre las empresas españolas y las comunitarias para asegurar que estas últimas concurrirían en masa y con naturalidad a las licitaciones de un país ajeno al propio. Basta echar una ojeada al Registro público de contratos para comprobar que la inmensa mayoría de éstos se han adjudicado a empresas españolas; y lo mismo sucede en los restantes países de la Unión. La participación de empresas comunitarias en licitaciones de países ajenos al propio se ha producido, aunque en grado escaso, a través de vías que nada tienen que ver con las ofrecidas por la legislación de contratos: integrándose en UTEs licitadoras como aportantes de tecnología o de financiación; creando filiales en España o adquiriendo sociedades en nuestro país; o asociándose con algún *partner* local provisto de buenos contactos con las autoridades adjudicadoras. Todo ello revela que los mercados de compras públicas siguen siendo extraordinariamente cerrados: no sólo por razones de corrupción o connivencia, que también las hay, sino por la desconfianza que suscitan a los responsables políticos las

empresas ajenas o extrañas; la ejecución de cualquier contrato requiere un alto grado de flexibilidad y de interlocución entre la Administración y el contratista, que deben compartir un extenso catálogo de valores implícitos compartidos, un amplio conjunto de pautas culturales que las empresas extranjeras desconocen.

Sería seguramente mucho pedir que las instituciones comunitarias emprendieran un proceso de reflexión, no triunfalista, para analizar en qué medida se ha logrado el objetivo de la apertura de los mercados de compras públicas. Y sería mucho pedir porque la conclusión sería, muy probablemente, la de la falta de necesidad de toda esta abrumadora floresta de directivas de contratación; la internacionalización de las economías se mueve por caminos totalmente distintos.

b) Segundo objetivo, mucho más local que el anterior, **la lucha contra la corrupción en las adjudicaciones de los contratos**, un objetivo al que, al menos nominalmente, han contribuido tanto las Directivas comunitarias como las propias ocurrencias del legislador interno, intentando objetivar al máximo los criterios de adjudicación y reforzando los sistemas procedimentales de garantía y objetividad.

En este orden de cosas, los magros resultados conseguidos están también a la vista. Todas las sofisticadas estructuras normativas ideadas para dificultar los incentivos a la corrupción no han servido de nada; sencillamente, porque no se pueden poner puertas al campo. La llamada corrupción es un mal tan viejo como la humanidad, que existe en todos los países en mayor o menor grado (incluso en los teóricamente más avanzados o democráticos), y cuyo nivel relativo no depende en absoluto de la regulación de los contratos públicos, sino de otros elementos ambientales que sería muy largo relatar aquí: principalmente, el régimen de financiación de los partidos políticos y su transparencia, el nivel de profesionalidad, preparación y retribución de los responsables públicos, los sistemas de

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

control *a posteriori* de los supuestos de enriquecimientos de origen opaco, y la ética general de la población en cuanto al manejo escrupuloso de los fondos presupuestarios. Se trata de un fenómeno complejísimo, transversal a todos los gobiernos, países y regímenes políticos, y que es inútil intentar yugular con medidas procedimentales simplonas y arbitristas, como las que establece la normativa de contratos públicos, que sirven de muy poco: estoy íntimamente convencido de que el nivel de corrupción que existe en este sector, en España y en cualquier otro país de la Unión, no sería mayor si no disfrutáramos de esta abrumadora legislación contractual.

Pero no se trata sólo de la lucha contra la corrupción de la que habla la prensa cada día. La complejidad aberrante de la normativa de contratos tiene mucho que ver, como antes decía, con la tendencia obsesiva de las autoridades financieras a considerar a todos los departamentos inversores, sin excepción, como pésimos administradores de los fondos públicos y como corruptos en potencia. Esta anomalía psíquica es igualmente transversal: se da en todas las organizaciones, públicas y privadas; los *controller* financieros de todas las organizaciones se comportan exactamente de la misma manera, y tienden a complejificar *ad infinitum* las cautelas procedimentales tendentes a reducir el gasto y a atar corto a los que tienen la responsabilidad de gastar; una obsesión que no sólo se debe a un rigor calvinista en el manejo de los fondos, sino también al deseo de incrementar cuotas de poder en la organización respectiva.

Todas estas preocupaciones han llevado a resultados paradójicos, que son contradictorios e incompatibles con los objetivos que se persiguen. Permítanme que me refiera, para demostrarlo, al que me parece uno de los preceptos más importantes del texto refundido hoy en vigor, el artículo 150, que se refiere a los criterios de adjudicación de los contratos. En él, los legisladores (conjuntamente, el nacional y el comunitario) hicieron un esfuerzo denodado por objetivar y racionalizar dichos criterios; y su resultado ha sido, justamente, el opuesto al que se perseguía. En su

preocupación por evitar los supuestos de adjudicaciones arbitrarias y caprichosas, se ordena que la valoración de las proposiciones de los licitadores deberá realizarse atendiendo “a criterios directamente vinculados al objeto del contrato” (lo cual es una soberana obviedad, por cierto). Y a esta obviedad sigue una larguísima enumeración, ejemplificativa, de conceptos rigurosamente indeterminados:

“la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”.

Si dejamos a un lado algunos criterios de naturaleza marcadamente populista, los restantes son, por así decir, indiscutibles. Pero su juego conjunto conlleva dos efectos:

Primero, la irrealidad de los pliegos de prescripciones técnicas y de las ofertas; los primeros, porque, cuando concretan dichos criterios, definen un escenario ideal y completamente alejado de la realidad de las cosas; un escenario que fuerza a las empresas licitadoras a confeccionar una oferta igualmente idílica y escasamente creíble, y cuya elaboración, además, requiere un esfuerzo desproporcionado. Huelga decir que todos estos criterios, que deberían presidir también la ejecución de cada contrato, se esfuman tras la adjudicación.

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

Y segundo, que la utilización conjunta de todos o de varios de estos criterios conduce a un sistema de valoración prácticamente discrecional, por la presencia de factores de objetivación imposible (¿qué son “el valor técnico” o “las características estéticas o funcionales”? ). Y la baremación de los criterios es tan arbitraria e incontrolable, salvo casos de exceso notorio, como la asignación de puntuaciones concretas: ¿por qué las características medioambientales se puntúan de 0 a 4, y no de 0 a 12?; o ¿por qué se asignan a una oferta cero puntos por alterar en concreto la planificación óptima de las obras, y tres o cinco a quien respeta religiosamente la prevista en el pliego?

Lo que quiero decir, es suma, es que toda esta regulación constituye un perfecto ejemplo de los fantasmas de la razón, en el que el esfuerzo por la máxima objetivación lleva al máximo nivel de subjetividad y discrecionalidad concebibles.

Y no quisiera dejar de aludir, por la sorpresa que me produce, al párrafo segundo del apartado 1 de este artículo 150, según el cual “cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”. En el extremo opuesto a la multiplicidad de criterios de apreciación discrecional, la subasta pura y dura, lo que constituye un verdadero salto sobre el abismo: esto es, después de los numerosos intentos por racionalizar la contratación, introduciendo sutilísimos criterios de valoración de las ofertas, retornamos, en un túnel del tiempo, al criterio de la subasta, que se implantó en España a mediados del siglo XIX. Lo cual, igual que en aquella ocasión, no persigue más que dos fines: la lucha contra la corrupción y la economía de gastos del sector público.

No dedicaré mucho tiempo a justificar mi discrepancia radical con este criterio prioritario de adjudicación, porque la doctrina clásica ya lo dijo todo sobre él en su momento. Me limitaré a recordar dos evidencias: primera, que la subasta no evita la corrupción, porque nada hay más fácil

que informar privadamente de la oferta de los competidores al licitador al que quiere favorecerse, para que la mejore bajo cuerda. Y segunda, que la subasta es un incentivo muy poderoso para la práctica de precios irreales o predatorios, que el artículo 152 del texto refundido propicia al regular las ofertas temerarias; precios que sólo persiguen la captación a pérdida de un cliente importante, y que luego se intenta compensar por la vía de los modificados o de la obtención de ventajas en las sucesivas licitaciones. Mucho más gráficamente lo decía, en los años veinte del siglo pasado, Don Recaredo Fernández de Velasco: ni yo, ni el Estado, somos lo bastante ricos como para comprar barato.

c) Tercer objetivo que han perseguido las reformas impuestas por la normativa comunitaria: **la unificación de las legislaciones de los Estados miembros**. No seré yo quien niegue la legitimidad de este objetivo: pero la forma de conseguirlo me parece completamente desafortunada, por dos razones básicas y elementales.

Primera, porque el contenido de las Directivas comunitarias es casi exclusivamente procedimental, como lo es el vigente texto refundido: las reglas de fondo definitorias de los derechos y obligaciones de las partes en la fase de ejecución del contrato (que son las que realmente importan) son proporcionalmente muy escasas. No es de extrañar que los expertos en derecho privado muestren su extrañeza ante una legislación “de contratos” que es, antes que nada, un manual de procedimientos dirigido a funcionarios. Es evidente que un manual de estas características es indispensable; pero ello choca con la diversidad irreductible de las normas básicas que, en cada Estado miembro, regulan los poderes de las Administraciones en las relaciones jurídicas que entablan con los particulares; normas cuya unificación el derecho comunitario no ha pensado siquiera en emprender, y que conducen a resultados chocantes. No hay posibilidad razonable de unificar los procedimientos de contratación si



Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

las normas vertebrales reguladoras del procedimiento administrativo general no son las mismas, o muy similares.

Para demostrar esto acudiré a algún ejemplo que tomo de la nueva regulación de los novísimos recursos especiales en materia contractual, cuya dinámica se está revelando como difícilmente conciliable con nuestro sistema de justicia administrativa. Me refiero a los supuestos, nada inusuales, en los que el tribunal u órgano de resolución de recursos estima el interpuesto por un licitador, desautorizando el criterio adoptado por la Administración contratante. Y ello puede dar lugar a dos situaciones insólitas: una, que el licitador al que el tribunal de recursos hubiera dado la razón no comparezca en el proceso, en cuyo caso nos hallaremos ante un singular proceso sin contraparte; y otra, que hubiera comparecido, lo que lleva a una inversión de las posiciones procesales clásicas, semejante a la que se da en los recursos de lesividad (lesividad que, sin embargo, prohíbe el artículo 49.1 del texto refundido). Es cierto que estas situaciones tienen solución: lo que quiero es meramente ilustrar que las regulaciones específicas en materia contractual chocan con frecuencia con las generales, con consecuencias imprevistas. Y hay otros muchos casos: por ejemplo, el empeño de nuestra legislación de mantener el criterio de cómputo de los plazos en días naturales, en lugar de días hábiles (DA Decimosegunda del texto refundido), o el criterio general del silencio negativo frente al opuesto establecido por el artículo 43.2 de la Ley 30/1992.

Y segunda, porque el mismo efecto se produce ante la falta de unificación de las reglas de fondo que, en el derecho privado, regulan los contratos paralelos. Me parece inútil intentar unificar la regulación de los contratos de obras, por ejemplo, cuando la forma en que se concibe el arrendamiento de obra, en los Códigos y en la jurisprudencia civil de los países pertenecientes a la familia romano-germánica, es muy distinta de la configuración que tiene en los países de *common law*.

d) Y me resta sólo aludir, muy brevemente, al nulo resultado que ha ofrecido el objetivo (si es que alguna vez ha existido realmente) de **la agilización de los procedimientos de contratación**; procedimientos que, en contra de toda lógica de eficacia, se han ido reformando sucesivamente en el sentido de una complicación y sofisticación progresivas, que dilatan de manera insostenible el tiempo que media entre la decisión de contratar y la fecha de comienzo de la ejecución efectiva de cada contrato. La tan criticada creación de entes atípicos que, hasta 2007, permitían contratar en la misma forma que lo hace una empresa privada, tuvo su razón de ser no tanto en la búsqueda exclusiva de canales de corrupción (aunque también los hubo, desde luego) cuanto en la huida de un marco procedimental que inutiliza las iniciativas para contratar por el tiempo desusado que exige su puesta en práctica. Me parece contradictorio que unas instituciones comunitarias tan preocupadas por la liberalización, la agilidad y la productividad de todos los operadores, públicos y privados, se empecine en imponer unos procedimientos retardatarios e imposibles a los principales sujetos de la contratación de cada uno de los Estados miembros. Máxima libertad para que los operadores privados pongan en práctica sin apenas cortapisas sus *start-up* de actividades productivas y de inversión (Directiva Bolkenstein dixit), y máximos obstáculos para que los principales inversores de cada economía, las Administraciones Públicas, hagan lo mismo. En términos macroeconómicos, esto no tiene ninguna lógica.

Y no sólo eso: el empeño obsesivo, lindante con lo ridículo, que las normas comunitarias (y el Tribunal de Luxemburgo) han mostrado en perseguir todo desviacionismo y en llevar al redil de la normativa de contratos a toda entidad u organización que desprenda un leve aroma a público (fruto de lo cual es el delirante catálogo que figura en el artículo 3 del texto refundido) ha llevado a inconsecuencias que parecen extraídas de una revista de humor: me refiero, por ejemplo, al régimen de contratación de las entidades públicas empresariales, a las que la ley niega expresamente

Juan Alfonso Santamaría Pastor  
“La constante e interminable reforma de la  
normativa sobre contratación pública”

la condición de Administraciones Públicas (art. 3.2.e) y a las que parece querer facilitar su labor estableciendo que todos sus contratos serán privados (art. 20.1), siendo así que la preparación y adjudicación de estos contratos se encuentran sometidas a las mismas reglas que los de naturaleza administrativa (art. 20.2); de manera que una entidad que sustantivamente es una Administración pública se ve obligada a celebrar contratos con los mismos requisitos formales y de procedimiento que los administrativos, pero en cuya ejecución se encuentra desprovista de todos los poderes de autotutela que lógicamente debería ostentar.

## VI

Debo terminar ya, resumiendo. La evolución acelerada de la normativa de contratos públicos ha seguido una senda de continuo incremento en extensión y complejidad, generando unos cuerpos legales enormes, confusos e inextricables en el que muy pocos saben orientarse.

Ello ha llevado a consecuencias disfuncionales sumamente graves: la creación de un ambiente de inseguridad jurídica, la eliminación virtual de la jurisprudencia como fuente de interpretación y de cobertura de lagunas y, sobre todo, la aparición de niveles crecientes de incumplimiento y desconocimiento de la normativa, con el riesgo asociado, para los gestores públicos, de ser imputados por supuestos delitos de prevaricación.

Y, en contrapartida, esta legislación no ha logrado un grado de consecución mínima de los objetivos que supuestamente ha perseguido: no ha conseguido crear un auténtico mercado único de compras públicas; no ha disminuido un ápice el nivel de corrupción; no ha logrado más que muy parcialmente la unificación de regímenes jurídicos; y, desde luego, no ha agilizado los procedimientos de contratación, sino todo lo contrario.

En definitiva, la historia de la legislación de contratos es la crónica de un completo fracaso, sobre el que ya es hora de llamar la atención. Hemos

creado, para alojar el mercado de compras públicas, un hogar enorme e inhóspito, incómodo, constrictivo y complicado de entender y gestionar, rasgos que explican, aunque no justifiquen, los intentos de salirse del mismo; y, para mayor pesimismo, un hogar que se ha terminado convirtiendo en una suerte de establecimiento penitenciario, donde son severamente abortados todos los intentos de fuga, y que no tiene perspectiva alguna de desaparecer, porque ello requeriría que las instituciones comunitarias reconociesen su fracaso en una política en la que han puesto tanto empeño.

Pero la esperanza de que algún día se recobre la lucidez y se dé marcha atrás no puede abandonarse. A principios de los años ochenta, la guerra fría entre los dos bloques parecía que nunca tendría fin, y en 1989 se produjo el milagro. Y en tanto que el muro cae, conformémonos con los pequeños alivios y tolerancias que esta normativa aún nos permite: parafraseando a Humphrey Bogart en la escena final de Casablanca, siempre nos quedarán los contratos menores y los convenios de colaboración.